

EL *FAMILY TRUST*. REFLEXIONES ACERCA DE UNA POSIBLE REGULACIÓN EN DERECHO ESPAÑOL

SONIA MARTÍN SANTIESTEBAN

Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Cantabria

sonia.martin@unican.es



Como citar:

Martín Santiesteban, S. (2019). “El *family trust*. Reflexiones acerca de una posible regulación en derecho español”. En *Personalidades jurídicas difusas y artificiales*. TransJus Working Papers Publication - Edición Especial (N. 4/2019, pp. 12-27).

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Características y principales aplicaciones del *family trust* en el ámbito del *common law*; 2.1. Motivaciones de carácter económico; 2.1.1. Evitar el procedimiento sucesorio del probate; 2.1.2. Reducir la carga fiscal; 2.1.3. Optimizar la gestión patrimonial en beneficio propio o ajeno; 2.2. Motivaciones de carácter asistencial; 2.2.1. Hacer frente a una situación de discapacidad o vulnerabilidad, presente o futura; 2.2.2. Optimizar la planificación sucesoria; 2.2.3. Regular las relaciones patrimoniales entre los miembros de la pareja, durante la convivencia y tras la ruptura de la convivencia; 3. Breves reflexiones acerca de la posible regulación de la figura en derecho español; 3.1. Oportunidad de la recepción de la figura como patrimonio de afectación de carácter asistencial; 3.2. Necesidad de una regulación; 3.3. Patrimonio de afectación separado; 3.4. Patrimonio de afectación con titular; 4. Conclusiones.

RESUMEN: El trabajo tiene por objeto una presentación de las características y aplicaciones de la figura angloamericana del *trust* en el ámbito familiar y una síntesis de las pautas de la que podría ser una regulación de la figura en derecho español.

PALABRAS CLAVE: *trusts*, familia, sucesión, discapacidad, patrimonios de afectación

ABSTRACT: The aim of the paper is to introduce the characteristics and applications of the Anglo-American family trust, and to synthesize the guidelines of what could be a regulation of the figure in Spanish law.

KEY WORDS: trusts, family, succession, disability, affected patrimony

RESUM: El treball té per objecte una presentació de les característiques i aplicacions de la figura angloamericana del *trust* en l'àmbit familiar i una síntesi de les pautes d'aquella que podria ser una regulació de la figura en dret espanyol.

PARAULES CLAU: *trusts*, família, successió, discapacitat, patrimonis d'afectació

1. INTRODUCCIÓN

Las dificultades que plantea la trasposición de la figura angloamericana del *trust* en una jurisdicción de *civil law* obedecen, en gran medida, a la imposibilidad de reconducirla a nuestras categorías jurídicas. Híbrido entre el derecho de obligaciones, derecho de la propiedad y derecho de las personas jurídicas, el *trust* constituye un caso de personalidad jurídica difusa, a caballo entre diferentes ramas de nuestro ordenamiento jurídico. Si a ello le sumamos la variedad de contextos en que es susceptible de aplicarse y de características que puede llegar a adoptar dependiendo de los intereses en juego, es fácil de entender que en su principal atractivo (la flexibilidad) resida la complejidad de su trasposición.

Con el objetivo de ilustrar lo anterior, por una parte, haremos una breve exposición de las principales características y aplicaciones del *family trust*, uno de los diferentes tipos de *trusts* empleados en los países de *common law*. Y, por otra parte, nos detendremos en algunas reflexiones acerca de la posible regulación de la figura, en este mismo contexto, en nuestro derecho.

2. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS Y APLICACIONES DEL *FAMILY TRUST* EN EL ÁMBITO DEL *COMMON LAW*

Comencemos por esbozar cuáles son las posibles motivaciones de quien recurre a un *family trust* y, en función de cuáles son estas motivaciones, cuáles son las características que presenta habitualmente la figura. Porque como vamos a ver, las características pueden variar en función de cuáles son las inquietudes o expectativas de quien recurre a este instrumento. Entre los motivos, los suele haber de tipo económico, de tipo asistencial o, como ocurre muchas veces, ambas consideraciones pueden estar presentes y entremezcladas.

2.1. Motivaciones de carácter económico

Las razones de carácter estrictamente económico obedecen en gran medida a consideraciones que escapan a la disciplina privatista, al entrar en juego aspectos de derecho fiscal y procesal.

2.1.1. Evitar el procedimiento sucesorio del *probate*

El *probate*, es un procedimiento judicial complejo y costoso que en el mundo angloamericano se inicia tras el fallecimiento de una persona y que en la medida de lo posible se procura soslayar mediante los llamados *wills substitutes* (o sustitutos del testamento). Todos estos instrumentos tienen en común, por una parte, que son negocios jurídicos que tienen eficacia *inter vivos* (ya que la transmisión de la propiedad se produce en vida del *settlor*, aunque con carácter revocable) pero posponen la adquisición de la propiedad de los bienes por los beneficiarios al momento de la muerte del *settlor* y, por otra parte, que los bienes sobre los que recaen puedan transmitirse a la muerte de su titular sin pasar por el procedimiento sucesorio. Entre los *wills substitutes* se encuentran principalmente las cuentas bancarias indistintas o en situación de cotitularidad, los seguros de vida, los fondos de pensiones y los *revocable living trusts*¹.

¹ Acerca del *probate process* y los *wills substitutes*, en general: LANGBEIN, J.H., “The Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession”, *Harvard Law Review*, n. 97, 1984, p. 1118-1119; BRAUN, A & RÖTHEL, A., *Passing Wealth on Death. Wills Substitutes in Comparative Perspectiv* Hart Publishing, 2016; TARABAL BOSCH, J., “Wills substitutes in the US and in Spain”, *Iowa Law Review*, n. 103, 2018, pp.2293- 2302. Disponible en <https://ilr.law.uiowa.edu/print/volume-103-issue-5/will-substitutes-in-the-u-s-and-in-spain/>. En Norteamérica, desde donde se propagó la figura, los *wills substitutes* aparecen mencionados en la sección 7.1(a) del *Restament Third od Property: Wills and Other Donative Transfers*, del American Law Institute, Philadelphia, 2003. (a) *A will substitute is an arrangement respecting property or contract rights that is established during the donor’s life, under which (1) the right to possession or enjoyment of the property or to a contractual payment shifts outside of probate to the donee at the donor’s death; and (2) substantial lifetime rights of dominion, control, possession, or enjoyment are retained by the donor.*

Concretamente, el *revocable living trust* (así llamado porque se constituye *inter vivos* y con carácter revocable) permite al *settlor* o constituyente mantener el control sobre los bienes que transmite en vida al *trust*, ya que puede modificar el *trust* o recuperar la propiedad de los bienes transmitidos al *trustee*. Ahora bien, el que el *settlor* siga siendo considerado propietario de los bienes que transmite “en *trust*” al *trustee* tiene importantes repercusiones. A efectos fiscales, va a seguir siendo considerado propietario de los bienes que ha transmitido “en *trust*” al *trustee* y por ende sujeto pasivo de los impuestos asociados a la propiedad. A efectos civiles, los bienes transmitidos al *trust* podrán ser agredidos por las futuras obligaciones contraídas por el *settlor*. Luego, en la medida en que el constituyente se reserva la facultad de controlar los bienes que trasmite, pierde dos importantes utilidades del *trust*: reducir la carga fiscal que grava el patrimonio familiar y preservar los bienes transmitidos frente a futuras deudas.

Además de permitir transmitir bienes *post mortem* al margen del procedimiento del *probate*, el *revocable living trust* ofrece al *settlor* la posibilidad de reservarse la condición de beneficiario vitalicio del *trust*, e incluso a veces la de *trustee*, como veremos a continuación cuando hablemos del *self-settled trust*. De esta manera podrá seguir disfrutando de los frutos que genera la administración del *trust*, y designar a otros familiares, como destinatarios últimos de los bienes, tras su extinción, ya coincida esta con el fallecimiento del constituyente o con otro momento posterior fijado por él².

Nuestra jurisprudencia ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre algunos de estos *revocable living trusts*. Este fue el caso que tuvo por objeto un *trust* constituido por un matrimonio norteamericano y del que formaba parte un inmueble localizado en España. El matrimonio había transmitido al *trust* sus pólizas de seguro de vida y los dos cónyuges se habían autodeclarado *trustees*, junto con sus dos hijos, y beneficiarios vitalicios de los réditos generados por la gestión de los bienes³. También se encontraba implicado un *family trust* en el supuesto, que tuvo por objeto la validez del testamento de una ciudadana española, en la que

² Acerca de los *revocable living trusts*: LEAPHART, C.W., “The Trust as a Substitute for a Will”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 78, n. 5, 1930, pp. 62-638; MEYER, M.E., “The revocable Trust as a Will Substitute –A coming of Age”, *University of Colorado Law Review*, n. 39, 1967, p. 180; DACEY, N.F., *How to Avoid Probate*, New York, Crown, 1965 (5th ed. 1993).

³ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2008.

la determinación de los herederos se hacía por referencia a un *revocable living trust* constituido simultáneamente por la causante⁴.

2.1.2. Reducir la carga fiscal

La transmisión *inter vivos* de bienes a un *trust*, en el caso de que el *trust* sea irrevocable y la transmisión conlleve una inmediata facultad de disfrute por parte de algún beneficiario, permite beneficiarse, en ciertas jurisdicciones, de importantes exenciones en el impuesto de donaciones, además de reducir el volumen de los bienes que engrosarán, en su día, el patrimonio del causante. De esta manera, a través del *trust* se puede ir transmitiendo, en vida, una parte importante del patrimonio familiar, *tax free*⁵.

2.1.3. Optimizar la gestión patrimonial en beneficio propio o ajeno

En el caso de que el *settlor* busque principalmente rentabilizar el patrimonio familiar elegirá como *trustee* un profesional de la gestión, ya se trate de una persona física (un abogado, por ejemplo) o una persona jurídica (una entidad bancaria). En ambos casos, el *trustee* deberá administrar los bienes conforme a las pautas proporcionadas por el *settlor* en el documento constitutivo y estará sujeto a estrictas normas de responsabilidad. Aunque, como veremos a continuación, en los *family trusts* este objetivo suele ir acompañado del deseo de proteger a la familia frente a una situación de vulnerabilidad.

Al margen de quien asuma la gestión patrimonial, el recurrir a un *trust* evita igualmente situaciones de vacío tras el fallecimiento del *settlor* ya que los bienes transferidos al *trust*, en vida, podrán seguir siendo administrados por el *trustee*, tras el fallecimiento del *settlor*, en beneficio de sus familiares.

2.2. Motivaciones de carácter asistencial

A estas consideraciones de naturaleza estrictamente económica hay que añadir otras, que son las que realmente caracterizan al *trust* de tipo familiar, y que responden al deseo de ofrecer seguridad patrimonial.

⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 25 de marzo de 2010. Puede consultarse un análisis de ambas sentencias en MARTÍN SANTISTEBAN S., “La postura del TS ante un *trust* norteamericano dirigido a ordenar la sucesión: la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2008 [RJ 2008\2685]”, *Anuario de Derecho Civil. Crónica de Derecho Privado Europeo*, 2009, fasc.I, t.LXII, pp 332-337 y “Los efectos en España de una planificación sucesoria a la “norteamericana” por parte de una ciudadana española: la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 25 de marzo de 2010 [JUR 2010\195070]”, *Anuario de Derecho Civil. Crónica de Derecho Privado Europeo*, t.LXV-1, 2012, pp. 341-346.

⁵ Una explicación de cómo utilizar la figura del *trust* para reducir la carga fiscal en Norteamérica en MARTÍN SANTISTEBAN S., “La figura del *trust* en los Estados Unidos de América”, *Indret.*, abril de 2008, pp. 22-26. Disponible en www.indret.com.

2.2.1. *Hacer frente a una situación de discapacidad o vulnerabilidad, presente o futura*

Un *living trust*, ya se constituya este con carácter revocable o irrevocable, puede convertirse en un buen instrumento para hacer frente a una situación de discapacidad o vulnerabilidad, presente o futura.

Por una parte, el *trust* puede ser una eficaz fórmula de gestión en el caso de que sea el mismo *settlor* quien tema sufrir alguna discapacidad⁶. En el habitual *family trust*, el *settlor* se autodesigna *trustee* (*self-settled trust*) pero nombra también, para el supuesto en que de acuerdo con el informe de dos facultativos ya no esté capacitado para atender a la administración de su patrimonio, un *trustee* que le suceda en el desempeño de sus funciones: un *trustee* sucesivo que deberá seguir las instrucciones dadas por el *settlor*, en el documento constitutivo, sobre la administración de los bienes y que queda sujeto, frente al *settlor* y los demás beneficiarios, al cumplimiento de obligaciones fiduciarias. La mayoría de las personas prefiere que quien les sustituya en su condición de *trustee*, y por lo tanto quien asuma la titularidad y administración de los bienes del *trust*, sea un pariente cercano. Pero cuando no existe un familiar o amigo cercano capacitado para realizar tal tarea, o cuando la complejidad del patrimonio lo requiera, recurrir a un profesional puede ser la solución más prudente.

En ambos casos, quien recurre al *trust* evita que sus bienes acaben siendo administrados por un tutor designado por la autoridad judicial y que no tiene por qué ser alguien de su agrado. Mientras que subsista la situación de discapacidad, los bienes del *trust* son administrados en beneficio exclusivo del *settlor* y de las personas por él designadas. El *trustee* utiliza los frutos generados por la administración de los bienes del *trust* para atender a las necesidades de los beneficiarios y, cuando llega el momento previsto por el *settlor*, distribuye los bienes restantes entre las personas designadas por el *settlor* en el documento constitutivo. Es cierto que el *trust* no sustituye el procedimiento de incapacitación judicial ya que lo razonable y habitual es que no incluya la totalidad de los bienes del *settlor* y, además, al margen del *trust*, existirán otros asuntos de naturaleza personal que no podrá gestionar el *trustee*⁷. Pero la

⁶ La *Reporter's Note* a la sección 74 del *Restatement (Third) of Trusts*, elaborado por el *American Law Institute*, hace referencia a la amplia utilización de los *revocable living trusts* como sustitutos de los testamentos e incapacitaciones. En este sentido, FEDER D.J. Y STIKOFF, R.H., *Revocable trusts and incapacity planning: more than just a will substitute*, *Elder Law Journal*, vol. 24, 2016, pp 1-48. Disponible en <https://theelderlawjournal.com/wp-content/uploads/2018/09/Sitkoff.pdf>, reivindican la utilización del *revocable living trust* para atender a una situación de discapacidad.

⁷ El otro mecanismo, complementario al *revocable living trust*, para hacer frente a una situación de discapacidad evitando la incapacitación judicial es el *durable/springing power of attorney*. Por medio de este instrumento se

existencia de un *trust* permite afrontar los problemas que generan ciertas enfermedades mentales en sus primeras fases, que comienzan por limitar las posibilidades del enfermo de seguir tomando decisiones patrimoniales.

Si el *settlor* constituye el *trust* con carácter irrevocable y se reserva exclusivamente el derecho a percibir frutos, solo estos podrán ser embargados por sus acreedores personales, pero no ya los bienes transmitidos en *trust*, sobre los cuales no conserva derecho alguno.

Por otra parte, el *trust* puede también usarse como instrumento de planificación patrimonial en favor de un familiar discapacitado, menor de edad o carente del grado de madurez suficiente para adoptar decisiones patrimoniales. A los progenitores con hijos discapacitados o de corta edad les preocupa saber quién va a atender a sus hijos cuando ellos ya no estén. Dicha atención no solo incluye cuidados personales sino también cuidados de tipo económico, como la administración de sus bienes, que serán principalmente los bienes que ellos mismos les transmitan *mortis causa*. En el caso de haberse constituido un *trust inter vivos*, la misma persona designada como *trustee* sucesivo para el caso de que el *settlor* devenga incapaz, puede seguir administrando el *trust*, tras el fallecimiento del *settlor*, en beneficio de sus hijos o familiares, ya sean estos de corta edad o estén afectados por alguna limitación en su capacidad de obrar.

2.2.2. *Optimar la planificación sucesoria*

El *family trust* ofrece una solución flexible y eficaz para abordar la cuestión de cuándo transmitir la riqueza familiar a los descendientes. Independientemente de que el *settlor* constituya el *trust inter vivos* o *mortis causa*, puede planificar la transmisión de riqueza en el ámbito familiar durante varias generaciones (hasta noventa años tras la constitución, coincidiendo con la duración máxima que en aplicación de la *rule against perpetuities* suele tener un *trust*). Tras el fallecimiento del constituyente, la persona designada como *trustee* pasa a administrar y controlar la propiedad de los bienes durante el período de tiempo previsto por el constituyente, que puede ir mucho más allá de la adquisición de la mayoría de edad por los descendientes beneficiarios. Luego los progenitores pueden diferir la adquisición de la propiedad hasta el momento en que sus hijos cumplan veinticinco años, treinta, o cualquier otra edad que ellos consideren adecuada para asumir la titularidad y administración de un

concede a un tercero el poder de actuar en nombre del principal, respecto de los bienes no incluidos en el *trust* y/o cuestiones de naturaleza patrimonial que excedan de la administración de los bienes.

patrimonio⁸. Pueden también condicionar la entrega de los bienes del *trust* al cumplimiento, adicional o alternativo, de otros eventos: que los hijos hayan acabado sus estudios, encontrado un trabajo, contraído matrimonio, o dejar simplemente que sea el *trustee* quien juzgue cuándo y/o quiénes de los descendientes han alcanzado el grado de madurez suficiente para hacerse cargo de los bienes (*trust* discrecional).

El *trust* es lo suficientemente flexible como para aplazar también la decisión acerca de cómo distribuir los bienes. Empleando el lenguaje apropiado en el documento constitutivo del *trust*, el *settlor* puede adaptar los pagos y distribuciones a cargo del *trust* a las nuevas circunstancias que se vayan presentando durante su vigencia. Por ejemplo, puede autorizar al *trustee* a pagar al beneficiario (directamente o indirectamente) los frutos y/o capital que el *trustee* sucesivo considere necesario para atender a los gastos médicos, de educación y asistencia del beneficiario. O puede permitir en general al *trustee*, a petición escrita del beneficiario, realizar desembolsos a cargo del *trust* para asistir a dicho beneficiario en la adquisición de una vivienda o la inversión en un negocio. Estos pagos se considerarán desembolsos adelantados a cargo de la participación final del beneficiario en la distribución de los bienes. El *settlor* puede incluso atribuir discrecionalidad al *trustee* para elegir los beneficiarios finales dentro de una categoría de personas por él designada (por ejemplo. sus herederos). Estos poderes discrecionales, si bien tienen el peligro de que atribuyen un gran poder al *trustee*, cuentan con la ventaja de que el beneficiario no es titular de un derecho cierto sino de una mera expectativa jurídica, lo que impide que sus acreedores personales puedan embargar su derecho en el *trust*.

2.2.3. Regular las relaciones patrimoniales entre los miembros de la pareja, durante la convivencia y tras la ruptura de la convivencia

Al amparo de la libertad de pactos, los cónyuges y los miembros de una pareja de hecho pueden regular sus relaciones patrimoniales a través de un *trust*, afecto al sostenimiento de la familia y administrado por ellos mismos o por un tercero. Si esto es especialmente útil durante la convivencia, lo es más aún para regular la situación que se genera tras una crisis de pareja. La obligación de prestar alimentos al exconviviente o a los hijos se puede canalizar a través

⁸ Las transmisiones de bienes en *trust* deben en todo caso salvaguardar los derechos de los legitimarios allí donde existen, así como los de los acreedores cuyos derechos fueran anteriores a la transmisión de bienes al *trust*. Ver RÖTHER, A., “Wills Substitutes and the Family: A Continental Perspective”, en BRAUN, A Y RÖTHEL, A., *Passing Wealth on Death. Wills Substitutes in Comparative Perspective*, Hart Publishing, 2016.

de un *trust* afecto al cumplimiento de dicha obligación, y resguardar los bienes transmitidos de las futuras obligaciones personales que puedan contraer los constituyentes, el *trustee* y los beneficiarios. De hecho, es muy habitual que sea el juez quien conoce de la nulidad, separación o divorcio, quien constituya el *trust* para asegurar el cumplimiento del contenido de la decisión judicial (*statutory jurisdiction trust*).

3. BREVES REFLEXIONES ACERCA DE LA POSIBLE REGULACIÓN DE LA FIGURA EN DERECHO ESPAÑOL

3.1. Oportunidad de la recepción de la figura como patrimonio de afectación de carácter asistencial

Es indudable que algunas de las aplicaciones mencionadas (reducir la carga fiscal o evitar el procedimiento del *probate*) no justificarían la constitución de un *trust* en España, ya sea al amparo de un derecho extranjero (si esto fuera posible en nuestro país, como ocurre en Italia, y previa ratificación del Convenio de la Haya) ya sea al amparo de una posible regulación de derecho español. Por un lado, porque no necesitamos evitar el *probate* sino que contamos con un mecanismo de transmisión sucesoria muy barato –el testamento– y unos funcionarios públicos –los notarios– que nos ofrecen todas las garantías necesarias acerca de la capacidad y consentimiento del testador y la autenticidad del documento⁹. Y, por otro lado, porque la posibilidad o no de reducir la carga fiscal aparejada a la transmisión de riqueza dentro de la familia no depende de la existencia del *trust* o de una figura análoga sino de cuál sea el sistema impositivo español. En caso de que existiese una figura análoga al *trust* en nuestro país, el legislador habría de determinar el tratamiento fiscal de las operaciones que giren en torno a ella.

Pero hemos mencionado otras aplicaciones, que podríamos definir de carácter asistencial, y que en muchos casos dan cobertura a obligaciones legales –como es la obligación de alimentos entre determinados familiares o entre exconvivientes– y que, ya tengan su origen en una obligación legal o en una obligación asumida voluntariamente por el constituyente, responden a fines tan dignos de tutela jurídica como lo es la protección de la familia o de la discapacidad.

⁹ Ver los datos proporcionados por TARABAL BOSCH, J., “Wills substitutes in the US. and in Spain”, *Iowa Law Review*, n. 103, 2018, pp. 2307-2308 y la bibliografía allí citada.

A esto tenemos que añadir que existe una clara tendencia, en el derecho de la persona, derecho de la familia y derecho sucesorio actual, a incrementar el protagonismo de la autonomía de la voluntad. Ya sea a nivel internacional (donde es siempre mayor la autonomía conflictual¹⁰), como a nivel nacional, todas las intervenciones legislativas de las últimas décadas propician un mayor protagonismo de los ciudadanos, especialmente en la regulación de los asuntos domésticos y la organización de la propia discapacidad.

Por ello creemos que el derecho español no podría sino enriquecerse, ofreciendo a los ciudadanos una herramienta que les permita, de forma alternativa o cumulativa, diseñar el gobierno económico de sus asuntos domésticos, proteger a sus seres queridos más vulnerables o autoprotegerse frente a futuras enfermedades, y planificar a corto y medio plazo la transmisión de riqueza. Y de ahí que, al igual que lo han hecho otros compañeros desde el ámbito académico y también, desde el ámbito notarial, propugnemos la regulación, en derecho español, de un instrumento inspirado en la figura anglosajona del *trust*¹¹.

He centrado mi intervención en el *family trust*, pero evidentemente, en los países de *civil law* la figura no se utiliza solo en este contexto. Sería demasiado ambicioso pretender acometer, desde un primer momento, en nuestro país, una regulación general de los patrimonios de afectación que permitiera que los sujetos crearan patrimonios separados adscritos al cumplimiento de cualquier fin, lícito, de interés privado. Entendemos que, cuando menos, la afectación y consiguiente separación han de pasar el filtro de la existencia de una causa lícita y digna de tutela jurídica¹², por lo que, aunque sea como fase inicial de reconocimiento de la figura, proponemos la regulación de un patrimonio de afectación de carácter asistencial.

¹⁰ Entre otros ejemplos, es oportuno resaltar el Reglamento Europeo de Sucesiones (Reglamento [UE] n. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo) que, además de permitir que una persona pueda elegir la ley que va a regir su sucesión (dentro de los límites contemplados por la norma) y el instrumento que mejor se adapte a sus necesidades, impone a las autoridades españolas la obligación de adaptar, en lo posible, las instituciones jurídicas desconocidas en España (por ejemplo, los *trusts* testamentarios, de acuerdo con lo previsto en el considerando 13) a lo previsto en nuestro ordenamiento con finalidad similar (considerando 16 y art. 31).

¹¹ ESTRADA ALONSO, E., *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica*, Madrid, 2010. Ver conclusiones del 9.º y 11.º Congreso notarial español donde se propone “una regulación de los patrimonios fiduciarios basados en la separación patrimonial que garantice la protección de sus beneficiarios, así como los derechos de terceros y que, teniendo un alcance general y flexible, permita autorregular todo tipo de finalidades lícitas” (citadas por CÁMARA LAPUENTE, S., “Trusts y patrimonios fiduciarios como vías de protección de la persona, la familia y la sucesión”, en L. Prats (dir.), *La autonomía de la voluntad en el Derecho privado (Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado)*, tomo I. Derecho de la persona, familia y sucesiones”, La Ley, Consejo General del Notariado, Madrid, 2012, pp. 712-715.)

¹² Esta ha sido también la exigencia impuesta a la admisibilidad de los *trusts* internos y de los vínculos de destino previstos por el art. 2645 ter del Código civil italiano: (*Trascrizione di atti di destinazione per la*

Sin duda, el ánimo de liberalidad que subyace en el *family trust* es más propio de personas con las que se mantiene un vínculo de parentesco. Pero entendemos que lo que justificaría la afectación de bienes en beneficio de un sujeto, y la consiguiente separación a efectos de responsabilidad, no es la persona del beneficiario sino el destino que le vayamos a dar a esos bienes. Ese destino podría ser el de cubrir las necesidades básicas del beneficiario (contenido de la obligación de alimentos), ya sea este un familiar del constituyente o un extraño a cuyas necesidades cotidianas se quiere atender. Por lo tanto, no se podría utilizar esta figura para preservar grandes patrimonios familiares sino solo para preservar recursos suficientes con los que atender a las necesidades vitales de una o varias personas, en consonancia con el que venga siendo su nivel de vida. La finalidad del patrimonio coincidiría con la del patrimonio protegido de derecho catalán, pero ampliando el ámbito de los beneficiarios a cualquier persona.

3.2. Necesidad de una regulación

No compartimos la vía de la atipicidad, que es defendida, aunque minorativamente, por algún autor entre nuestra doctrina¹³. A través a la figura del *trust*, ya se cree este a través de contrato o a través de testamento, surge nada menos que un patrimonio separado a efectos de responsabilidad patrimonial y surgen derechos, en favor del *trustee* y de terceros, que son oponibles *erga omnes*. Si queremos conservar la utilidad de la figura debemos replicar esta estructura, por lo que nos parece difícil de defender la posibilidad de crear patrimonios de afectación al amparo de la autonomía de la voluntad. Al menos esta es una posibilidad que viene rechazando la Dirección General de Registros y del Notariado hasta el día de hoy¹⁴.

Tampoco nos parece que se pueda reproducir, en nuestro derecho, la experiencia italiana, consistente en firmar y ratificar el Convenio de la Haya y esperar contar con el suficiente

realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità', a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche): "Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità', a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo".

¹³ Ver GÓMEZ PÉREZ, A.C., "Revisión de las principales doctrinas civilistas que impiden la incorporación del *trust* en España", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 740, p. 3781.

¹⁴ Resoluciones de 22 de febrero de 1989 y 13 de junio de 2018, dictadas con ocasión de la inscripción de una cláusula de limitación de responsabilidad impuesta en una transmisión *mortis causa*.

respaldo doctrinal y jurisprudencial para crear *trusts* internos. Es cierto que, en Italia, a pesar de que no exista una ley italiana sobre el *trust*, se permite a los ciudadanos italianos crear *trusts* vinculados a todos los efectos con Italia, pero sujetos a un derecho extranjero y son susceptibles de inscribirse en los registros públicos italianos. Pero para llegar a esta situación, el camino ha sido largo (trece años desde que entró en vigor el Convenio de la Haya en 1992 hasta que en 2005 la *Corte di Cassazione* dio el respaldo decisivo al reconocimiento de los *trusts* internos en ese país), tortuoso (opiniones doctrinales y jurisprudenciales dispares), y arriesgado (nadie garantizaba el éxito del resultado). Sin olvidar que en Italia no han cesado los esfuerzos de la doctrina por obtener una regulación de derecho interno¹⁵.

3.3. Patrimonio de afectación separado

La afectación solo puede materializarse por medio de la separación patrimonial. Un patrimonio separado a efectos de administración, que no lo sea a efectos de responsabilidad por deudas, no es un patrimonio afectado (como no lo es, en nuestra opinión, el llamado patrimonio protegido en favor de personas discapacitadas, introducido por la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad¹⁶). Con titular o sin titular, el patrimonio afectado de carácter asistencial debería responder exclusivamente de aquellas deudas generadas por la propia administración de los bienes, lo que exige, inevitablemente, dotar de publicidad a esta masa patrimonial, para, a su vez, hacer efectiva la afectación frente a los acreedores personales de su titular. El reconocimiento legal de un patrimonio separado, dotado de publicidad y que no es fuente de enriquecimiento para su titular, no debería plantear problema alguno (como es el caso, por ejemplo, de los fondos de inversión¹⁷ y de los fondos de pensiones¹⁸).

3.4. Patrimonio de afectación con titular

Ante la disyuntiva patrimonio sin titular, gestionado por un administrador con plenas facultades dominicales (*patrimoine d'affectation* de Québec o patrimonio protegido en favor

¹⁵ LUPOI, M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milan, 2014.

¹⁶ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

¹⁷ Ley de Instituciones de Inversión Colectiva 35/2003 (LIIC), modificada por la Ley 31/2011, de 4 de octubre.

¹⁸ Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones y Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones, modificado en varias ocasiones, la última, por el Real Decreto 62/2018, de 9 de febrero.

de personas discapacitadas de derecho catalán) o patrimonio con titular que ejerce sus facultades en beneficio ajeno, optamos por la segunda. Es cierto que genera la dificultad de cómo dar cabida en el concepto de propiedad a una propiedad en interés ajeno, que no beneficia a su titular (el fiduciario) y sobre la que, por ende, no pueden resarcirse los acreedores personales del fiduciario.

Pero no creemos que una propiedad afectada, y por lo tanto limitada en su ejercicio, y temporal resulte incompatible con el concepto de propiedad recogido en nuestro Código civil y sobre todo con el recogido en nuestra Constitución. En último término, si la función social ha de ser el referente último a la hora de justificar introducir límites en el ejercicio del derecho de propiedad, resultaría paradójico considerar menos digna de protección constitucional la propiedad en beneficio ajeno, que la propiedad en beneficio propio, egoísta por naturaleza.

Por lo que respecta a los requisitos para desempeñar el cargo de *trustee* o fiduciario, algunos de los países de *civil law* que han emprendido una regulación de la figura angloamericana restringen la condición de fiduciario a entidades de crédito o profesionales del sector financiero (Luxemburgo)¹⁹ o exigen algún tipo de cualificación o autorización a quien va a administrar los bienes en interés ajeno (Francia, Malta, o Liechtenstein)²⁰.

Qué duda cabe de que con ello se incrementa la confianza en la honestidad y la competencia del fiduciario o *trustee* y las garantías de solvencia en caso de incumplimiento, aunque también se restringe considerablemente la utilidad de la figura en el ámbito familiar, donde al constituyente le puede preocupar más el transmitir los bienes a alguien de su entorno, en quien confía y que conoce sus circunstancias familiares, que recurrir a un profesional, por muy competente que sea este. Por ello, nos inclinamos por aquellos ordenamientos que, respetando la flexibilidad de la figura angloamericana, no exigen más requisitos al fiduciario

¹⁹ Art. 4 de la *Loi* de 27 de julio de 2003, *Trust et Contrats fiduciaires*, modificada por la *Loi* de 22 de marzo de 2004 *relative à la Titrisation*.

²⁰ En Francia, el art. 2015 Código civil (introducido por la *Loi n. 2007-211* de 19 de febrero de 2007) fue modificado por la *Loi n. 2008-776* de 4 de agosto de 2008, *de modernisation de l'économie*, desarrollada a su vez por la *Ordonnance n. 2009-112* de 30 de enero de 2009 *portant diverses mesures relatives à la fiducie*, para permitir desarrollar tal actividad a los abogados. En Liechtenstein, al menos uno de los *trustees* ha de contar con la autorización de la *Liechtenstein Financial Market Authority*, supeditada a cierta experiencia profesional y a la superación de un examen: art. 5 de la *Law* de 8 de noviembre de 2013 *concerning Professional Trustees and Fiduciaries*. En Malta, como regla general para actuar como *trustee* se requiere autorización de la *Malta Financial Service Authority*. No obstante, una persona física puede actuar sin necesidad de autorización previa si es familiar del constituyente o acredita conocerlo hace más de diez años y, en ambos casos, siempre que no perciba remuneración, no actúe públicamente como *trustee* y no actúe en ningún caso habitualmente como *trustee* de más de cinco *trusts*: art. 43.1 del *Trusts and Trustees Act (Chapter 331 of the Laws of Malta)*.

que a un administrador (San Marino, Cataluña)²¹, sin perjuicio de que el contenido de sus obligaciones deba interpretarse con mayor rigor, teniendo en cuenta que sus poderes son más amplios (es titular de los bienes y puede incluso tener la facultad de tomar decisiones en torno a su distribución) y la posición de los beneficiarios (que pueden no haber nacido aún), más vulnerable.

4. CONCLUSIONES

Las potencialidades que ofrece la figura angloamericana del *trust*, utilizada en el contexto familiar, han sido infravaloradas por muchos países de *civil law*, exclusivamente preocupados en no perder un atractivo instrumento de inversión. Es indudable que algunas de las aplicaciones con que se utiliza la figura en los países de *common law* no justifican su recepción en España. Pero otras muchas, que podríamos definir de carácter asistencial y responden a fines tan dignos de tutela jurídica como lo es la protección de la familia o de la discapacidad, enriquecerían el derecho español. La figura de los patrimonios de afectación, inspirada en el *family trust*, daría cobertura a derechos de origen legal (como el de alimentos a cargo de determinados familiares), no siempre resueltos satisfactoriamente por nuestro derecho, y a otros de origen convencional (como el de la cobertura de las necesidades vitales), que podrían encontrar en los patrimonios de afectación un óptimo acomodo.

²¹ Legge n.43, de 1 de marzo de 2010, sull' *Istituto dell'affidamento fiduciario* y Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

REFERENCIAS

CÁMARA LAPUENTE, S., “Trusts y patrimonios fiduciarios como vías de protección de la persona, la familia y la sucesión”, en L. Prats (dir.), *La autonomía de la voluntad en el Derecho privado (Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado)*, tomo I. Derecho de la persona, familia y sucesiones”, La Ley, Consejo General del Notariado, Madrid, 2012, pp. 712-715.

DACEY, N.F., *How to Avoid Probate*, New York, Crown, 1965 (5th ed. 1993).

ESTRADA ALONSO, E., *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica*, Madrid, 2010.

FEDER D.J. Y STIKOFF, R.H., “Revocable trusts and incapacity planning: more than just a will substitute”, *Elder Law Journal*, 2016, vol. 24, pp. 1-48. Disponible en <https://theelderlawjournal.com/wp-content/uploads/2018/09/Sitkoff.pdf>

GÓMEZ PÉREZ, A.C., “Revisión de las principales doctrinas civilistas que impiden la incorporación del *trust* en España”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 740, p. 3781.

LANGBEIN, J.H., “The Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession”, *Harvard Law Review*, n. 97, 1984, p. 1118-1119.

LUPOI, M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milan, 2014.

MARTÍN SANTISTEBAN, S., “La postura del TS ante un *trust* norteamericano dirigido a ordenar la sucesión: la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2008 [RJ 2008\2685]”, *Anuario de Derecho Civil. Crónica de Derecho Privado Europeo*, 2009, fasc.I, t.LXII, pp 332-337.

MARTÍN SANTISTEBAN, S., “Los efectos en España de una planificación sucesoria a la “norteamericana” por parte de una ciudadana española: la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 25 de marzo de 2010 [JUR 2010\195070]”, *Anuario de Derecho Civil. Crónica de Derecho Privado Europeo*, 2012, t.LXV-1, pp. 341-346.

MARTÍN SANTISTEBAN, S., “La figura del *trust* en los Estados Unidos de América”, *Indret*, 2008, pp. 22-26. Disponible en www.indret.com

MEYER, M.E., “The revocable Trust as a Will Substitute –A coming of Age”, *University of Colorado Law Review*, n. 39, 1967, p. 180.

RÖTHER, A., “Wills Substitutes and the Family: A Continental Perspective”, en BRAUN, A Y RÖTHEL, A., *Passing Wealth on Death. Wills Substitutes in Comparative Perspective*, Hart Publishing, 2016.

TARABAL BOSCH, J., “Wills substitutes in the US and in Spain”, *Iowa Law Review*, n. 103, 2018, pp. 2293-2302. Disponible en <https://ilr.law.uiowa.edu/print/volume-103-issue-5/will-substitutes-in-the-u-s-and-in-spain/>.